

N° 423623
Syndicat national CGT
du ministère des affaires étrangères

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies
Séance du 7 juin 2019
Lecture du 28 juin 2019

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Le ministère des affaires étrangères emploie environ 4 500 agents¹ sous statut de droit local, ce qui représente environ la moitié des effectifs du réseau consulaire. Ce type de recrutement est expressément permis par le V de l'article 34 de la loi du 12 avril 2000², aux termes duquel « Lorsque les nécessités du service le justifient, les services de l'Etat à l'étranger peuvent, dans le respect des conventions internationales du travail, faire appel à des personnels contractuels recrutés sur place, sur des contrats de travail soumis au droit local, pour exercer des fonctions concourant au fonctionnement desdits services. »

Cette possibilité est cependant limitée s'agissant des personnels de nationalité française, puisque vous jugez que le décret du 18 juin 1969 portant fixation du statut des agents contractuels de l'Etat et des établissements publics de l'Etat à caractère administratif, de nationalité française, en service à l'étranger³ est, dans son champ d'application, d'ordre public – de sorte que le statut qu'il fixe s'applique de plein droit aux personnels qu'il régit (v. not. Section, 7 juin 1991, Troquet, n° 104601, Rec. p. 222 ; 27 janvier 2017, Mme M..., n° 399793, T. pp. 519-652).

Hors de ce champ, et en l'absence de disposition de droit français d'ordre public, vous jugez que les contrats de recrutement qui prévoient leur soumission au droit local ne sont en aucune façon régis par le droit français, ce dont vous déduisez votre incompétence pour connaître des litiges nés de leur exécution (v. Section, 19 novembre 1999, T..., n° 183648, Rec. p. 356).

L'affaire qui a été appelée porte sur l'accès aux concours internes de la fonction publique des agents ainsi recrutés sur des contrats de travail soumis à un droit étranger. A l'occasion d'une modification des dispositions réglementaires applicables aux fonctionnaires de catégorie C de la fonction publique de l'Etat⁴, le ministre des affaires étrangères a demandé, le 1^{er} décembre 2016, à son homologue chargé de la fonction publique, de lui donner « l'avis formel de la DGAFP » sur la possibilité de tenir compte, pour les années de service dont il doit être justifié

¹ Selon les chiffres présentés en annexe du PLF 2019.

² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

³ N° 69-697

⁴ V. Décret n° 2016-580 du 11 mai 2016 relatif à l'organisation des carrières des fonctionnaires de catégorie C de la fonction publique de l'Etat ; et décret n°2006-1760 du 23 décembre 2006 relatif aux dispositions statutaires communes applicables aux corps d'adjoints administratifs des administrations de l'Etat

pour l'accès au concours interne, d'années effectuées en tant qu'agent de droit local, c'est-à-dire dans un emploi soumis à un contrat de droit étranger.

Par une note du 7 avril 2017, le directeur général de l'administration et de la fonction publique a indiqué à la directrice des ressources humaines du ministère des affaires étrangères que « pour remplir la condition de services publics exigée pour être admis à concourir à un concours interne, les candidats doivent avoir servi pendant la durée requise en tant qu'agents de droit public » ; en conséquence, il invitait le destinataire de la note à exclure la prise en compte des services accomplis en qualité d'agent de droit local – tout en précisant que ces agents pouvaient, sous réserve de remplir les autres conditions applicables, être éligibles aux concours de la troisième voie.

Cette position a été reprise par le ministre des affaires étrangères dans la notice qu'il a publiée à l'appui (semble-t-il) d'un avis de concours d'adjoint administratif principal de 2^{ème} classe de chancellerie.

Le syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères vous demande l'annulation de la note de la DGAFP ainsi que celle du refus d'abroger cette note et la position contenue dans la notice annexée à l'avis de concours émis par le ministère des affaires étrangères.

1. Cette requête pose d'abord une question de recevabilité – soulevée en défense par le ministre chargé de la fonction publique – qui porte sur le caractère d'actes susceptibles de recours de la note et de la notices litigieuses.

1.1. S'agissant tout d'abord de la note de la DGAFP, il n'est pas évident qu'elle relève du champ des circulaires à caractère impératif de votre jurisprudence Duvignères⁵. Vous tenez compte, en effet, de la relation entre l'auteur de la circulaire et son ou ses destinataires pour apprécier si la circulaire peut être regardée comme ayant un caractère impératif ; cela vous conduit à rechercher, d'une part, si l'auteur de la circulaire est en mesure de prescrire une interprétation à ses destinataires (v., *a contrario*, s'agissant d'une circulaire du garde des sceaux aux magistrats du siège, 30 janvier 2015, Département des Hauts-de-Seine et autres, n°s 371415 e. a., T. pp. 528-787-789), et, d'autre part, si les destinataires de la circulaire sont bien compétents pour mettre en œuvre les dispositions interprétées (v. 26 mai 2009, Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la CGT, n° 306757, T. pp. 599-880 ; 30 janvier 2015, Syndicat des directeurs généraux des établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie, n°s 375861 376094, T. pp. 527-789 ; 21 octobre 2015, M. P..., n° 374927, T. pp. 627-789).

En l'espèce, il n'est guère douteux que les services des ressources humaines du ministère des affaires étrangères étaient chargés de la mise en œuvre des dispositions de la loi du 11 janvier 1984 que commente la note de la DGAFP. En revanche, il n'existe pas de relation hiérarchique entre l'auteur de cette note et ses destinataires. Il nous semble cependant que cela ne doit pas vous arrêter. En vertu du décret qui l'institue⁶, la direction générale de l'administration et de la fonction publique est chargée, notamment, de veiller à la bonne application du droit de la fonction publique et, en assurant « les missions de direction des

⁵ Section, 18 décembre 2002, Mme Duvignères, n° 233618, Rec. p. 463.

⁶ V. Décret n° 2016-1804 du 22 décembre 2016 relatif à la direction générale de l'administration et de la fonction publique et à la politique de ressources humaines dans la fonction publique, art. 1 et 2.

ressources humaines de l'Etat », de mettre en œuvre, en lien avec les directions et services ministériels chargés des ressources humaines, les dispositions statutaires communes à la fonction publique d'Etat. Nous en déduisons qu'une position formelle sur la portée des dispositions du statut général relatives à la fonction publique de l'Etat, adressée par la DGAFP à la direction des ressources humaines d'un ministère, même si elle ne s'impose pas strictement à cette dernière, doit néanmoins être regardée comme une interprétation de la loi ayant un caractère impératif au sens de la jurisprudence Duvignères – d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, elle a été appliquée par son destinataire. Nous notons, en ce sens, que vous avez déjà admis le caractère impératif d'une interprétation adressée par un ministre à un établissement public relevant de sa tutelle et suivie par cet établissement (v. 2 avril 2003, Société Roche, n° 245400, T. pp. 618-998).

Vous pourriez aussi admettre que la note contestée est un acte de droit souple susceptible de recours dans le cadre de votre jurisprudence Fairvesta et Numericable⁷. A n'en pas douter, en effet, elle était bien de nature à produire des effets notables, puisqu'elle entendait déterminer la position du ministère des affaires étrangères quant à l'accès des agents de droit local aux concours internes, et avait ainsi pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des personnes auxquelles elle s'adressait. Et nous pensons que vous pourriez, sinon renoncer au critère de l'autorité de régulation (dont vous ne vous êtes jamais servi pour exclure la recevabilité d'un recours), du moins admettre que la DGAFP a, s'agissant de l'application des dispositions du statut général, une mission de régulation de l'ensemble des directions et services ministériels chargés des ressources humaines (mission que lui confie clairement le décret qui l'institue). Nous sommes convaincu, en effet, que sauf, à l'abandonner, vous devez adopter une interprétation fonctionnelle et non organique du critère de l'autorité de régulation issu de votre jurisprudence d'Assemblée et retenir une approche large de cette notion floue : car ce critère ne peut trouver de véritable justification, dans le cadre de vos décisions d'Assemblée, qu'en lien avec les autres critères de recevabilité, ceux qui caractérisent l'incidence (par son objet ou ses effets) de l'acte de droit souple ; en ce sens, l'autorité de régulation est celle qui a pour mission d'user de pouvoirs qui dépassent le strict cadre hiérarchique, réglementaire ou répressif. Nous ne voyons donc pas de raison d'en exclure une direction générale ayant, comme la DGAFP, une mission globale de coordination.

Pour l'une et l'autre de ces raisons, il nous semble que le syndicat requérant est bien recevable à demander l'annulation, sinon de la note elle-même, qu'il n'a pas contestée dans un délai raisonnable d'un an⁸ après en avoir eu connaissance le 4 mai 2017⁹, du moins du refus de l'abroger.

1.2. La solution est identique mais plus évidente à propos du refus d'abroger la notice, qui figure sur le site du ministère des affaires étrangères ; bien qu'elle ne contienne pas directement un auteur et des destinataires, elle nous paraît traduire la position que le ministre prescrit à ses services de retenir quant à l'interprétation des dispositions en cause du statut général (v., pour une prise de position analogue sur la portée des textes applicables, adressée directement à une association d'agents, 10 avril 2002, Association des agents contractuels de catégorie A du ministère des affaires étrangères, ACA-MAE, n° 225666, aux Tables sur un autre point).

⁷ Assemblée, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n°s 368082 368083 368084, Rec. p. 76 ; Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numéricable, n° 390023, Rec. p. 88.

⁸ Assemblée, 13 juillet 2016, C..., n° 387763, Rec. p. 340.

⁹ La note n'a pas été publiée.

2. Sur le fond, est en cause l'interprétation de l'article 19 de la loi du 11 janvier 1984, relatif aux concours de recrutement des fonctionnaires de l'Etat, dont fait application l'article 3-6 du décret du 3 août 2016¹⁰ relatif à l'organisation des fonctionnaires de catégorie C de la fonction publique de l'Etat, applicable en l'espèce. Plus précisément, est en débat le 2° de cet article, relatif aux concours dits internes, qui prévoit l'organisation de « concours réservés aux fonctionnaires de l'Etat, aux militaires et, dans les conditions prévues par les statuts particuliers, aux agents de l'Etat, aux agents permanents de droit public de l'Etat ou des circonscriptions territoriales des îles Wallis et Futuna, aux magistrats et aux fonctionnaires et agents des collectivités territoriales et des établissements publics ainsi qu'aux agents permanents de droit public relevant du Territoire exerçant leurs fonctions sur le territoire des îles Wallis et Futuna, en activité, en détachement, en congé parental ou accomplissant le service national, ainsi qu'aux candidats en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale », et qui précise que « Les candidats à ces concours devront avoir accompli une certaine durée de services publics et, le cas échéant, reçu une certaine formation ».

Ces dispositions prévoient trois conditions d'éligibilité aux concours internes : une condition statutaire – figurer dans l'une au moins des catégories de personnes auxquelles les concours sont réservés –, une condition de position – activité, détachement, congé parental ou service national – et une condition de durée de services publics accomplis – un an pour les agents concernés en l'espèce, en vertu de l'article 3-1 du décret du 11 mai 2016.

Est en débat, en l'espèce, la dernière de ces conditions et la portée exacte de la notion de « services publics » que le candidat doit avoir accomplis. Elle est cependant très liée à la première des conditions, qui définit les catégories de candidats potentiels.

2.1. La bonne appréhension de l'une et l'autre suppose d'en retracer brièvement l'évolution.

Avant même le statut de 1946, les statuts particuliers, établis par décrets, avaient généralisé le recrutement par concours¹¹ et certains prévoyaient déjà des concours réservés aux fonctionnaires et agents des personnes publiques. C'était le cas, en particulier, pour l'accès à l'école nationale d'administration, en vertu d'un décret du 9 octobre 1945¹², dont l'article 7 instituait un second concours ouvert aux candidats ayant occupé un emploi dans l'administration.

Le statut de 1946¹³ consacra le principe du recrutement par concours pour les deux catégories les plus élevées (art. 28), en distinguant des concours ouverts aux candidats justifiant de diplômes ou d'études, des concours ouverts aux candidats fonctionnaires ayant accompli une certaine durée de services publics et des concours « mixtes », en quelque sorte, réservés aux fonctionnaires ayant accompli un temps de service déterminé et reçu une certaine formation. Les concours internes, qui étaient alors de deux types, étaient ainsi réservés aux fonctionnaires – longtemps, d'ailleurs, ils porteront le sobriquet de « concours

¹⁰ N° 2016-580.

¹¹ V. Jacques Chevallier, Le statut général des fonctionnaires de 1946 : un compromis durable, La revue administrative, Histoire-Droit-Société, 1996, Le cinquantenaire du statut de la fonction publique, pp. 7-21.

¹² Décret n° 45-2288 du 9 octobre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du titre II de l'ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945, relatif à l'école nationale d'administration.

¹³ Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

fonctionnaires ». Il semble, néanmoins, que les statuts particuliers n'en aient pas systématiquement tiré les conséquences. Ainsi l'Assemblée du contentieux a-t-elle eu à se prononcer sur le décret relatif à l'école nationale d'administration, qui avait été modifié postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 1946¹⁴ mais dont l'article 6 prévoyait encore que le second concours était ouvert « aux candidats (...) justifiant (...) d'une durée de quatre ans de services au moins dans un emploi de fonctionnaire, de temporaire, d'auxiliaire, d'agent contractuel ou d'ouvrier de l'Etat, des départements, des communes, des territoires d'outre-mer ou d'un établissement public ». Vous avez alors jugé que ces catégories comprenaient « tous les agents qui, d'une manière permanente ou temporaire, sont unis par un lien administratif aux personnes publiques susmentionnées, soit que ce lien résulte d'un contrat de droit public, soit que lesdits agents soient placés dans une situation réglementaire ou statutaire de droit public » (Assemblée, 26 octobre 1956, Sieur Sarre, Rec. p. 389).

Cette solution est importante ; dans la ligne des conclusions du pt. Long, elle se fonde sur l'objet du second concours, qui vise, dans une optique de promotion interne, à garantir un certain nombre de place à des agents ayant acquis, grâce à leurs fonctions administratives, une connaissance pratique de l'administration. Votre décision exclut en conséquence les services accomplis au sein d'une entreprise nationalisée ; mais, contrairement à ce que proposaient les conclusions, elle le fait en se fondant, non sur la circonstance que l'établissement employeur n'était pas soumis à un régime administratif, mais sur celle que l'agent n'était pas uni à cet établissement par un lien administratif.

Transposant en quelque sorte cette jurisprudence, l'ordonnance du 4 février 1959 qui succède au statut de 1946¹⁵ élargit ensuite l'accès au concours interne, en l'ouvrant non plus seulement aux fonctionnaires mais aussi aux agents en fonction, les uns et les autres devant toujours avoir accompli une certaine durée de service (art. 19). Elle est ensuite modifiée par une loi du 19 juillet 1976¹⁶, qui a fixé la substance des dispositions dont vous avez à connaître aujourd'hui – car la loi du 11 janvier 1984 s'est ensuite bornée à reprendre les dispositions de l'ordonnance de 1959 telles qu'elles avaient été modifiées.

Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi de 1976 sont riches d'enseignements. Le projet du Gouvernement prévoyait, notamment, de préciser que les concours internes sont ouverts aux agents de droit public des établissements et collectivités qu'il mentionne ; il s'agissait simplement, comme le relève le rapport à l'Assemblée nationale¹⁷, de « consacrer dans la loi une jurisprudence désormais traditionnelle ». Cette précision, passa, non sans encombre, les deux premières lectures mais, à l'occasion de la troisième lecture à l'Assemblée nationale, la commission des lois, à l'initiative de Jean Foyer, la fit disparaître, afin d'éviter « que la notion d'"agent de droit public" ne soit ambiguë et ne prive certains agents, employés par l'Administration dans les termes du droit privé, du droit de participer aux concours internes »¹⁸. Votre jurisprudence, alors, n'était plus vraiment dans la discussion – son devenir n'est pas évoqué. La disposition fut finalement adoptée ainsi, sans débat sur ce point, avant d'être reprise en 1984, à l'article 19 de la loi.

¹⁴ Notamment par le décret n° 50-55 du 13 janvier 1950.

¹⁵ Ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.

¹⁶ Loi n° 76-661 du 19 juillet 1976 portant modification de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires.

¹⁷ Rapport de M. Burckel, député, n° 2216.

¹⁸ Rapport de M. Bouvard, député, n° 2436.

Et, par une décision du 8 mars 2006 (Mme M..., n° 274626, T. p. 913), vous avez réaffirmé votre jurisprudence Sarre¹⁹, en jugeant – certes sans vous être penchés en détail sur les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 19 juillet 1976 – que, pour remplir la condition de services publics exigée par l'article 19 pour être admis à concourir à un concours interne, les candidats doivent avoir servi pendant la durée requise en qualité d'agents de droit public.

2.2. De cet exposé, nous ne tirons que trois certitudes.

La première est que la condition statutaire et la condition de durée de services publics ne sont pas séparables l'une de l'autre : elles ont toujours été conçues ensemble, la condition statutaire n'ayant été détachée qu'en vue de faciliter la lecture ; et il nous paraît logique qu'elles demeurent symétriques : il y aurait quelque chose de paradoxal à ce qu'un statut permette de passer le concours interne sans que les services effectués sous ce statut ne puissent être pris en compte au titre de la durée de services publics ; et il serait contraire à l'intention du législateur, en sens inverse, de lire dans la condition statutaire une exigence supplémentaire, qui n'est pas remplie du seul fait que l'agent a accompli des services publics d'une durée suffisante. Ces conditions sont, et selon nous doivent demeurer, liées.

Notre deuxième certitude est que l'article 19 de la loi du 11 janvier 1984 permet aux statuts particuliers de restreindre les catégories d'agents – en dehors des fonctionnaires de l'Etat et des militaires – qui peuvent être admis à candidater aux concours internes. C'est le sens de la précision « dans les conditions prévues par les statuts particuliers » qui précèdent l'énumération de ces catégories, tel qu'il est éclairé par les travaux préparatoires de 1976. Une restriction de ces catégories doit néanmoins être fondée sur un motif d'intérêt général et respecter le principe d'égalité – si bien qu'elle doit être précisément justifiée. En pratique, cette faculté ne semble pas avoir été largement utilisée par le pouvoir réglementaire – le décret applicable en l'espèce reprend ainsi l'ensemble des catégories d'agents visés par l'article 19.

Notre troisième certitude, enfin, concerne l'état du droit et de la jurisprudence, qui est clair. Assurément, la position retenue par la DGAFP est conforme à cet état : les agents de droit local étant recrutés par des contrats qui, selon votre jurisprudence, ne sont en aucune manière soumis au droit public, ils ne sont pas des agents de droit public et les services qu'ils effectuent en cette qualité ne leur ouvrent donc pas l'accès aux concours internes. La circonstance, alléguée par le syndicat requérant, que certains de ces agents relèvent en réalité du décret de 1969, donc d'un statut de droit public, est sans incidence sur le bien-fondé de la note contestée : car, contrairement à ce qu'il soutient, les agents relevant de ce décret d'ordre public, qui peuvent faire requalifier leurs contrats s'ils prévoient l'application d'un autre droit, ne doivent pas être regardés comme des agents de droit local au sens de la note et de la notice attaquées et ne sont donc pas concernés par l'exclusion des services accomplis sous statut de droit local. Ils ont donc bien accès, quant à eux, aux concours internes.

¹⁹ Que vous aviez déjà transposée pour l'application des dispositions du décret du 18 juin 1966 prévoyant l'attribution d'une indemnité forfaitaire mensuelle aux anciens élèves de l'ENA qui, avant leur entrée à l'école, ont accompli des services en qualité de fonctionnaire ou d'agent de l'Etat ou d'une collectivité locale (v. 22 octobre 1980, V..., n° 19082, T. p. 774 ; 4 juillet 1986, B..., n° 22836, T. p. 564).

2.3. A côté de ces trois certitudes, il y a place pour un océan d'hésitations, sur la nécessité et l'opportunité de remettre en cause votre jurisprudence Sarre-M... Plusieurs raisons pourraient, en effet, vous conduire à la faire évoluer. Nous en voyons au moins trois.

La première est votre décision Mme R...du 1^{er} octobre 2014 (n° 363482, Rec. p. 299), par laquelle vous avez jugé que, pour l'application de l'article 35 de la loi du 9 janvier 1986 (sur la fonction publique hospitalière), qui prévoit notamment, dans le cadre de la promotion interne, la nomination de fonctionnaires par inscription sur une liste d'aptitude, la condition d'ancienneté de services publics doit s'entendre comme visant les personnes ayant servi pendant au moins neuf ans en qualité d'agent d'un service public administratif, y compris celles qui y ont été employées, pendant tout ou partie de cette période, dans le cadre de contrats relevant du droit privé en vertu de dispositions législatives particulières.

En d'autres termes, vous avez, pour l'application des dispositions relatives, non au concours interne, mais à la promotion interne par inscription sur une liste d'aptitude, admis que des services effectués sous un statut de droit privé soient pris en compte, à condition qu'ils aient été effectués en qualité d'agent d'un service public administratif. Tel était le cas, en l'espèce, d'un agent ayant été recruté par un centre hospitalier dans le cadre de contrats aidés, dont la loi prévoyait qu'ils étaient des contrats de droit privé. Vous avez entendu faire primer l'identité des fonctions exercées par les agents sur la différence de statut existant entre ceux qui étaient recrutés dans le cadre de contrats aidés et ceux qui l'étaient dans un cadre contractuel ou statutaire de droit public.

Cette solution n'est pas directement transposable aux dispositions régissant les concours internes. S'agissant de la promotion par liste d'aptitude, les textes distinguent nettement, en effet, la condition statutaire – la loi prévoit que ce type de promotion ne s'applique qu'aux fonctionnaires et aux fonctionnaires internationaux – et la condition de durée services publics, qui n'est pas énoncée par la loi et résulte des statuts particuliers. Leur économie est donc différente des textes relatifs aux concours internes qui, nous vous l'avons expliqué, lient les deux conditions. Elle est d'autant moins transposable que l'appréciation de la nature du service public (administratif ou industriel et commercial) pour le compte duquel travaille un agent doit se faire au cas par cas ; si elle est envisageable dans la constitution des listes d'aptitude, qui est nécessairement individualisée, elle paraît excessivement contraignante dans l'organisation des concours et l'appréciation de l'admission à concourir.

Cette solution, néanmoins, remet nécessairement un peu en question la position stricte de votre jurisprudence sur les concours internes.

La deuxième raison qui pourrait vous conduire à faire évoluer cette jurisprudence tient à l'histoire du texte que nous vous avons présentée : il en ressort que, certes de façon assez rapide, implicite et subreptice, mais bien réellement néanmoins, le législateur a entendu desserrer la contrainte du lien de droit public entre l'agent et son administration. Il est bien délicat de déterminer dans quelle mesure il a entendu la desserrer : nous ne sommes pas certain, notamment, qu'il ait entendu inclure les agents des EPIC ou des entreprises publiques – car les débats visaient toujours les emplois dans l'Administration, avec un grand A (c'était l'époque où elle jouissait encore de quelque estime). Mais, quelle que soit la réponse à cette question, il faut constater que votre jurisprudence est aujourd'hui plus stricte que ce que le législateur de 1976 aurait souhaité.

La troisième raison de la faire évoluer est à la fois juridique et administrative. Vous le savez, il existe diverses hypothèses dans lesquelles, par dérogation à la jurisprudence Berkani du Tribunal des conflits, des agents de droit privé sont affectés à des emplois relevant de services publics administratifs – donc sont employés par l’administration, au sens matériel du terme. Il en va ainsi en particulier dans certains établissements publics administratifs, dans certaines autorités administratives indépendantes (ALFD et AMF, par exemple) et dans certains organismes publics (tels que des GIP) ; il en va de même pour les contrats aidés qualifiés de contrats de droit privé. Il faut ajouter que la qualification législative d’EPIC de certains établissements dont la mission n’est pas purement commerciale conduit aussi à ce que des agents de droit privé exercent, en pratique, des fonctions administratives.

Dans ces différentes hypothèses, des agents de droit privé acquièrent, dans leurs fonctions, une expérience de l’administration, celle-là même que le législateur entendait valoriser par la création de concours internes. Si bien que le critère de votre jurisprudence conduit à exclure des agents qui étaient pourtant inclus dans l’objet de la loi. C’est en quelque sorte ce que le syndicat requérant exprime en se prévalant du principe d’égalité, qui est inopérant contre la loi et son interprétation en dehors de la procédure de QPC, mais qui peut néanmoins inspirer l’interprétation que vous avez à donner (comme il vous avait inspiré dans votre décision R...).

2.4. Si ces raisons vous convainquaient, plusieurs voies d’évolution jurisprudentielle s’ouvriraient alors à vous²⁰.

Dans la ligne du précédent R..., vous pourriez interpréter la notion de « services publics » qui figure à l’article 19 de la loi comme services accomplis en qualité d’agent d’un service public administratif, ce qui serait la lecture la plus fidèle à l’objet du concours interne mais susciterait, nous vous l’avons dit, certaines difficultés dans l’organisation des concours, pour vérifier, au cas par cas, que chaque service accompli l’était pour le compte d’un service public administratif.

Vous pourriez, c’est une autre voie, revenir, plus de soixante ans plus tard, à la position du président Long, qui permet d’articuler le souci pragmatique d’une solution simple fondée sur un critère organique (le régime de droit public applicable à l’employeur) et le souci de cohérence par rapport à l’objet du concours (valoriser l’expérience de l’administration).

Vous pourriez enfin, en tirant les conséquences de l’impossibilité de saisir l’expérience de l’administration à travers le statut d’emploi d’un agent, admettre plus largement que tous les agents des personnes publiques, quelles que soient les conditions de leur emploi (c’est-à-dire la nature du lien avec leur employeur et le régime juridique de ce dernier), sont éligibles aux concours internes, ce qui reviendrait, purement et simplement, à abandonner votre jurisprudence Sarre.

Ces trois voies vous conduiraient toutes, en l’espèce, à annuler au moins partiellement le refus d’abroger les actes contestés.

2.5. Trois motifs nous conduisent cependant à ne pas vous proposer, aujourd’hui, de vous engager dans l’une ou l’autre de ces voies, et à en rester à l’état de votre jurisprudence. Nous laissons de côté l’atteinte qu’une évolution jurisprudentielle porterait aux troisièmes concours,

²⁰ Nous n’aborderons pas ici les solutions hybrides consistant à distinguer la portée de la condition statutaire et celle des services publics accomplis, dont nous vous avons dit qu’elles nous paraissaient devoir être écartées.

qui ne nous convainc pas et nous paraît plus que compensée par le regain d'attractivité qu'elle donnerait aux concours internes – qui en ont besoin.

Le premier motif est que l'état actuel de votre jurisprudence n'est pas dépourvu de cohérence. Il y a un sens, en effet, à ce que les concours internes soient réservés aux agents de droit public, qui ont tissé avec l'administration un lien exorbitant, différent de celui qu'elle tisse avec ses salariés, qui emporte son lot de sujétions et peut, en contrepartie, ouvrir une voie d'accès privilégiée à la promotion interne. Cela a d'autant plus de sens que votre jurisprudence Berkani tend, en dehors des dérogations législatives, à faire coïncider statut de droit public et missions propres à l'administration. Nous ne pouvons donc pas vous dire que votre jurisprudence est aujourd'hui privée de fondement.

Le deuxième motif que nous voyons réside dans la réticence que vous pourriez légitimement avoir à revenir sur une jurisprudence aussi ancienne, constante et structurante (car elle concerne en réalité les trois fonctions publiques, les textes étant rédigés de façon analogues²¹) en l'absence de toute intervention législative. Jamais en effet, après 1976, le législateur n'est venu modifier l'équilibre issu de votre jurisprudence, alors que vous l'aviez réaffirmé et que les lois réformant le statut général n'ont pas manqué. Dans ces conditions, et alors qu'un projet de loi est en débat à l'Assemblée nationale, vous pourriez estimer qu'il appartient au législateur lui-même, s'il le croit bon, de faire évoluer les règles essentielles qui régissent l'accès à la fonction publique et la promotion interne.

Enfin, le dernier motif, et c'est à la vérité le principal, est qu'il nous semble que vous ne pouvez pas, en cette formation de jugement, revenir sur votre jurisprudence Sarre-M..., qui est fondée sur un arrêt d'Assemblée.

Nous croyons que vous ne pourrez donc, aujourd'hui, que réaffirmer cette jurisprudence – ou du moins l'appliquer à nouveau –, ce qui vous conduira à écarter le moyen tiré d'une inexacte interprétation de la loi. Le moyen tiré de ce que certains agents de droit local relèvent en réalité du décret de 1969 et celui tiré du principe d'égalité, sont, nous vous le disions, inopérants.

Et par ces longs motifs nous concluons au rejet de la requête.

²¹ V. art. 36 de la loi n° 84-53 et art. 29 de la loi n° 86-33.